Université Paris-Dauphine
Master 213 Droit Notarial

Droit des contrats publics

Frédéric Lenica

Frederic.lenica@conseil-etat.fr

Jonas Bakouche

Promo 2010/2011

Séance 1-2 Contrat et contrat public

1. Qu'est-ce qu'un contrat ?

C'est assez proche du droit civil c'est un contrat qui marque un échange de consentement et création d'obligations réciproques. Il faut une convention c'est une condition nécessaire mais pas suffisante. Pour que l'on puisse prouver un contrat en droit public il faut un élément d'engagement des parties, un élément de réciprocité, il faut un caractère synallagmatique. La forme importe peu, il existe des contrats purement verbaux. Il n'y a pas besoin d'une enveloppe matérielle. Au bout de toute façon c'est le juge qui fait le travail juridique. Il faut vérifier que cela ne soit pas un acte qui n'engage que la seule personne public c'est à dire un acte unilatéral. Le domaine public c'est tout ce qui appartient à l'Etat et il faut que ce soit affecté au service public. C'est un régime d'autorisation qui est soit unilatérale soit des conventions d'occupation du domaine.

En droit public il faut que deux conditions cumulatives soient remplies. Il faut des obligations réciproques et un échange de consentement. Du coup cela disqualifie toute une série d'acte administratif de la sphère contractuelle ex. une demande d'occupation, il n'y a pas d'échange de consentement. Le fonctionnaire est régi par un acte unilatéral on lui demande pas son consentement il est nommé. En droit du travail on n'est pas nommé.

Sur un acte particulier, même s'il y a écrit contrat de travail, ce n'est pas forcément un contrat de travail, cela pourrait être un acte unilatéral qui émane de la seule Personne Publique (PP).
Les « contrats types » sont en réalité des actes unilatéraux.
C'est important de bien délimiter le régime.

Le domaine public.
- ➔ Critère d'affectation à une Personne Publique.
- ➔ Critère organique, appartenance.

Convention d'occupation domaniale.
Souvent avec il y a des délégations de Service Public.

Il n'y a pas du tout de caractère formaliste -> il faut toujours qualifier.

En droit public, pour qualifier le ct, il faut que 2 conditions cumulatives soient remplies :
- **Obligations réciproques**
- **Echange de consentements** ➔ cela disqualifie certains actes administratifs de la sphère contractuelle. Un acte d'occupation domanial : il n'y a pas de consentement. Ou avec les agents contractuels : on n'est pas dans la sphère contractuelle, mais régi par un acte unilatéral, de la sphère exécutive.

Cela ressemble à ce qu'on appelle en droit privé un contrat d'adhésion. Les obligations sont souvent disproportionnées au détriment de l'agent, et la négociation est très réduite.

Les plus gros contrats administratifs :
- la RATP devrait être un contrat, mais en fait il s'agit d'une autorisation du législateur.
- Le vélib' est un marché public, entre la ville de Paris et Decaux. Il y a des obligations synallagmatiques, Decaux met à disposition des vélos, et la ville s'engage à entretenir. Mais les usagers paient. Ces tarifs sont des clauses du contrat, qui ont un impact sur le contrat mais qui s'appliquent à des tiers au contrat.

En droit administratif lorsque le contrat porte sur le service public, on crée des obligations pour les usagers : clauses tarifaires la plupart du temps.

Ce qui vaut à l'encontre de l'ensemble d'une population déterminée : ce sont des dispositions réglementaires.

Dans un contrat public, il peut y avoir des clauses au contenu réglementaire et des clauses normales.

C'est LA particularité.
La plupart des contrats publics en comportent.

Ex de clauses de portée réglementaire :
- Tarifs

- Consistance du réseau c'est-à-dire consistance du service public
- Etendue géographique du réseau : où sont les stations
- Amplitude horaire,…

Du coup, il y a des tiers qui peuvent avoir accès au contrat : ce sont les usagers du service public. Ils ne peuvent pas avoir accès à tout le contrat, mais aux clauses réglementaires du contrat (CE 1906 Croix de Séguey Tivoli).

Par contre il y a plein de différences concernant le régime juridique applicable (par rapport aux contrats privés).

2. Qu'est-ce qu'un contrat administratif ?

Au départ, entre le 19 et le 20ème siècle, il y avait 2 types d'actes de la puissance publique :
- **actes d'autorité** : manifestation unilatérale de la volonté de la puissance publique. On ne regarde que l'objet, pas les modalités. En DA, la compétence suit le fond, donc le JA est compétent.
- **actes de gestion** : pas vraiment de différence à ce que l'administration ferait si elle était une Personne privée, du coup le JJ est compétent.

Le JA a une compétence d'attribution : il doit toujours démontrer sa compétence, car l'attribution de principe appartient au JJ.

Cette théorie a été abandonnée au début du 20ème par CE 1903 Terrier et 1910 Therond.
Terrier : dans une commune, le maire dit qu'il y aura une prime versée à chaque citoyen qui rapportera une vipère. Terrier débarque avec sa vipère morte, mais le maire dit qu'il n'a plus de sous et ne peut plus le payer. Il fait un contentieux. Et le CE lui donne raison. Le CE dit qu'on est en face d'un acte d'organisation du SP, chasser des animaux nuisibles appartient au SP mais a choisi de s'en départir au profit des habitants, donc il y a un contrat, des obligations synallagmatiques, donc compétence administrative, et donc c'est un contrat administratif (CA).

Therond : concerne les chiens errants. Même principe. Mission de SP, dévolue à un tiers, il y a donc un CA qui est né car porte sur mission de SP.

Il y a désormais des actes de gestion qui entrent dans le champ d'application des contrats administratifs .

Aujourd'hui, critères d'identification du contrat administratif.
Champ d'application materia rationae : applicable à quoi
Rationae personae :
Rationae loci et temporis également.

- Critère matériel : **exécution du SP**. (Si on confie à un tiers l'exécution d'un SP il y a une présomption de CA.) Arrêt époux Bertin 1966.
  Un 2ème critère matériel alternatif : **clause exorbitante de droit commun**. Le droit commun étant le droit privé. L'administration n'est pas soumise au JJ car il faut la protéger, c'est l'idée révolutionnaire. Il s'agit des pouvoirs particuliers de L'administration, comme la possibilité de ***résiliation unilatérale***, ce qui serait une clause abusive en droit privé. Car principe de mutabilité du SP : si le cocontractant fait mal le métier ou ne le fait plus, ne serait-ce que pour assurer la continuité du SP, il faut pouvoir prendre quelqu'un d'autre, sans même invoquer une faute du cocontractant.
  Les ***clauses de contrôle du cocontractant***.
  Comment résout-on le différend contractuel ? On résilie ou on va chercher l'argent par le biais d'un titre exécutoire : on constitue l'autre débiteur de plein droit, sans passer par le juge.
  Pour les terrasses de café : les cafés paient pour mettre les chaises sur le domaine public. Le café Marly au Louvre paie des redevances au Louvre.

- Critère organique (qui prend le contrat) : si on a 2 personnes privées, c'est possible d'avoir un CA, lorsque l'une des parties a une mission de SP (Veolia, Aéroports de Paris,…).
  Lorsqu'une personne est une PP, la présomption est plus forte.
  Et présomption maximale lorsque 2 PP signent ensemble, mais ce n'est pas une présomption irréfragable : car il est possible que le critère matériel ne soit pas rempli, qu'elles contractent donc comme en droit privé.

Il y a une série de contrats privés par nature (par détermination de la jurisprudence), et d'autres qui sont administratifs par la détermination de la loi.

Ct privés par nature : lorsque le ct lie le gestionnaire du SP à l'usager du SP : SPIC (Bac d'Eloka). C'est valable pour tous les types de ct et quelles que soient les parties concernées.
Ex : EDF ➔ spic, c'est donc un contrat de droit privé.
Ex : contrat que signe dauphine, c'est un établissement public, donc une PM de droit public, mais si problème avec EDF ➔ JJ.

Contrat publics par détermination de la loi : il y en a 3.
- Contrats relatifs à l'exécution des **travaux publics** (loi de Plûviose An 8)
- Contrats portant **occupation du domaine public**. Car il est spécialement protégé. Ex : théâtre,
- TC agents Berkani : **agents contractuels qui travaillent pour un SP administratif ➔** Contrat administratif. Ex : agents de la RATP. Jusqu'en 1990 les employés des postes et télécommunications étaient fonctionnaires. Ils ne sont pas soumis au droit du travail lorsqu'ils sont sous un contrat administratif, et souvent le droit public est moins protecteur, c'est plus intéressant pour L'administration.

On conçoit l'intervention économique des collectivités aujourd'hui. La manière dont les décisions posent le régime juridique est déterminante pour savoir si on peut passer un contrat, et si c'est possible pour déterminer les obligations qui s'attachent à ce contrat.

Zooms

1. L'intervention des personnes publiques dans le monde de la commande publique

Décision Ordre des avocats au barreau de Paris 31 Mai 2006 :

La puissance publique se croit autorisée à intervenir dans le domaine du conseil juridique notamment aux entreprises et aux conseils territoriaux. Il s'agit de l'Etat qui décide de prendre en charge une activité : il faut savoir si c'est d'intérêt public ou non.
Normalement, la puissance publique a une compétence d'attribution, et ne peut pas intervenir dans tous les domaines. Trois éléments figurent dans le principal motif :
- Le cœur des missions de services publics n'ont pas besoin d'être argumentés : même s'il s'agit d'une activité économique, la mission incombe à la puissance publique. Ces missions peuvent être exercées sans aucune limite.
- Si on décide de prendre en charge une activité économique, en dehors du socle de compétence des missions de service public, il faut justifier d'un intérêt public. Et il faut que l'Etat se comporte comme une personne privée, en respectant la concurrence, etc. Il faut encore justifier de la compétence de la collectivité ?
- Il faut encore caractériser l'intérêt général. Ce n'est pas trop compliqué ça.

Quand on lit vraiment le motif d'espèce, on ne se retrouve pas sur le triptyque, puisqu'on n'est pas dans une mission économique (conseil juridique pour des contrats de partenariats).

Finalement, il faudrait se demander de quel droit les collectivités interviennent dans tel ou tel domaine. En ce moment, ce qui est à la mode, c'est de faire des expertises dans le domaine de l'eau, sanitaire, etc…

Avis Société Jean-Louis Bernard Consultants : Une personne publique peut-elle postuler à un marché public ? Réponse oui rien n'y fait obstacle on ne peut pas refuser par rapport à la nature juridique de cet établissement public. Fiscalement c'est pareil s'agissant du statut d'emploi. Il y a des différences mais dans toutes les entreprises c'est différent. Respecter l'égal accès au marché public. C'est écrit qu'on ne demande pas plus aux établissements publics qu'aux autres (exemple comptabilité analytique pour voir s'ils n'utilisent pas les subventions pour faire des prix moins cher), ça force les établissements publics à ne pas proposer des prix délirants par rapport aux autres.

2. Les contrats entre personnes privés

Décision Société Entreprise Peyrot : Décision du tribunal des conflits : 4 magistrats judiciaire 4 magistrats administratifs le président est le garde des sceaux. Entreprise privée avec concession publique. Autoroute principe gratuit mais exception peut être payant. Escota titulaire de la mission de service publique et elle passe

un contrat et le tribunal dit que puisse qu'elle a une concession publique tout devient public si on n'avait pas cette concession on ne ferait pas ça. Décision ou le terrain est bizarre théorie du mandat concessionnaire agit en mandataire de l'Etat donc on applique les règles au mandant et en même temps un motif dit que ce sont des travaux publics.

Décision Société National Westminster Bank 19 novembre 2004 : c'est de la cession de bordereaux dailly. L'entrepreneur fait la cession la banque donne de l'argent en échange. La banque va voir Escota et demande 100. Dans le CMP à l'article : quand on est titulaire d'un bordereau daïe il faut montrer l'exemplaire du marché sinon irrecevable. Pour éviter le travail illégal. La banque accepte qu'il faut montrer l'exemplaire du marché sinon on ne peut pas récupérer l'argent du bordereau. Donc le contrat passé entre Escota et Scofi c'est un marché public et le CMP s'applique dans les règles d'exécution. Il dit que ça s'applique pas on n'applique pas Peyrot dans ce dernier on dit c'est un marché public pas un contrat public. Le champ d'application du CMF est restreint mais pas marché public pour autant. Ce n'est pas un marché public pour autant. Marché public est une sous catégorie du contrat public mais n'en est pas un.

Recueil du Conseil d'Etat avec le récap des décisions jugées.

Séance 3-4 Naissance et vie du contrat

1. La naissance du contrat (conclusion, expression du consentement, vices du consentement)

1.1. Consentement

Les personnes publiques comme les personnes privées disposent de la liberté contractuelle, mais ce n'est pas consacré par la Constitution
Elles peuvent donc choisir comment elles organisent leur activité :

- En régie. Ex : eau à paris ➔ c'est un service qui dépend de la commune qui gère l'eau aujourd'hui

La loi est intervenue, pour notamment interdire parfois à la collectivité publique d'avoir recours au contrat. Cela concerne de près ou de loin les matières régaliennes : par exemple, justice, police,…
Interdiction d'avoir recours à l'arbitrage notamment, sauf disposition législative expresse.
Ex : loi 9 août 1986 autorise un établissement public d'aménagement dans l'est de la région parisienne à avoir recours à l'arbitrage.
Il y a certaines matières dans lesquelles il est impossible de contracter pour mettre fin à un litige. C'était le principe à la base, savoir celui de l'interdiction de l'arbitrage en droit français.

Une publicité s'impose souvent à une personne publique avant de passer un contrat. Elle doit dire « j'envisage de passer tel contrat ». Il faut informer de son intention de contracter, elle ne peut pas passer un contrat sans le dire avant. Un appel d'offre est une modalité de la mise en concurrence.

En droit public, on regarde la compétence pour engager la collectivité : est ce que l'auteur était compétent pour manifester son consentement à contracter. Peuvent engager l'Etat le ministre et le Préfet, et le cas échéant ceux qui disposent d'une délégation de signature.

Le maire a aussi parfois le pouvoir de signer des petits contrats. Dans les collectivités territoriales, à la base, c'est l'assemblée délibération qui est compétente. C'est elle qui délègue au maire des compétences en vertu d'une habilitation expresse. Elle doit définir ces délégations de manière expresse.

S'agissant de la légalité des actes des collectivités territoriales, il y a une procédure particulière. Il y a toujours un contrôle de légalité qui doit s'exercer par le Préfet. Il peut s'exercer par le déféré préfectoral d'une part contre l'acte, mais surtout, pour savoir qu'un acte a été adopté, celui-ci doit lui être notifié systématiquement. L'acte ne devient exécutoire que si le Préfet l'a reçu. Le contrat qui est signé par le maire avant la délibération est nul. Il est possible de signer qu'une fois que cette délibération a été transmise au Préfet.
Les questions de compétence sont d'ordre public. C'est de l'application inconditionnelle. Ca sera relevé d'office par le juge.

Tout ce qui tourne autour du principe d'impartialité est également un vice de constitution. Si un contrat public est passé en méconnaissance des stipulations du Code des Marchés Publics, c'est susceptible de constituer une infraction pénale, en vertu de l'article 432-12 du Code Pénal. Le fait de ne pas respecter les obligations de publicité ou de mise en concurrence est susceptible de constituer une infraction pénale. Du coup, ça dénote un vice de consentement du côté de la collectivité publique.

En outre, un contrat qui a été signé en vertu d'une délibération à laquelle ont pris part les conseillers municipaux intéressés sont entachés d'un problème de consentement de la collectivité publique.
Par exemple, un conseiller municipal qui vend son terrain à la commune n'a pas le droit de participer à la délibération qui va décider de l'achat de ce terrain.

Il y a parfois des violations du droit de la concurrence avec des ententes, qui sont susceptibles de constituer un dol, mais c'est plus rare.

1.2. Contenu du contrat

Sur le contenu du contrat, le principe est normalement la liberté. Toutefois, il y a des stipulations obligatoires, et des stipulations interdites. L'objet doit obligatoirement figurer. En outre, une délégation par exemple ne peut pas (plus) être faite sans limitation de durée. Enfin, doivent y figurer les modalités de rémunération du cocontractant.
S'il n'y a pas ces éléments, le contrat n'est pas nul, mais ce sera plus dur de l'exécuter (le juge n'aime pas).

En outre, certains textes prévoient des obligations spéciales pour certains types de contrats :

- Contrat de maîtrise d'œuvre : si on passe un appel d'offre pour un bâtiment, on doit passer par un architecte, qui intervient en tant qu'architecte. C'est la loi sur la Maîtrise de l'Ouvrage Public qui le prévoie (MOP). Certaines stipulations sont alors obligations : c'est par exemple le même architecte qui doit concevoir l'ouvrage et ensuite assurer la conduite des travaux.
- Concessions autoroutières : l'Etat payait les gendarmes, mais c'est la société concessionnaire qui remboursait les frais. C'est interdit par le CGCT.

Certaines stipulations sont interdites par nature, dans les contrats privés comme dans les contrats publics. Désormais, la législation sur les clauses abusives est également applicable au droit public (Code de la consommation). Alors même que c'était un monde clos, il y a désormais des dispositions de droit commun qui viennent s'appliquer aux contrats publics.

2. <u>La vie du contrat administratif (les effets du contrat, exécution et inexécution, le pouvoir de modification unilatérale, théorie de l'imprévision, théorie du fait du prince, les modifications consensuelles)</u>

1. Effet des contrats

Même en droit public, l'effet des contrats est relatif. Il n'engage pas les tiers, qui peuvent toutefois spontanément s'obliger. Symétriquement, les tiers ne peuvent pas s'en prévaloir.

C'est valable pour les contrats publics purement contractuels. Mais il y a des stipulations relatives au fonctionnement des contrats publics. Il y a des clauses mixtes et des clauses réglementaires (horaires de bus).

Or, l'aspect réglementaire a un effet sur les tiers. Ils peuvent donc se prévaloir de ces dispositions pour faire annuler une décision par la voie de l'exception. Depuis une décision de 1996, *Cayzelles*, c'est possible d'attaquer des décisions par la voie de l'action. On peut donc faire une demande d'abrogation.

Equilibre particulier du contrat public

Le juge va rechercher la commune intention des parties. Celle-ci découle de la lettre des stipulations d'une part, mais aussi de l'économie générale du contrat.

Le juge administratif va plus loin, notamment dans les marchés de travaux, en faisant dériver de la commune intention des parties les actes d'exécution du contrat (réunions de chantier, PV…). Tout ça est pris en compte par le juge pour déterminer la commune intention des parties, et donc la lettre a une importance moindre. Pour le juge de Cour de cassation, ces stipulations particulières sont uniquement des faits.

2. Spécificités d'un contrat public

On s'intéresse aux spécificités du contrat public, ainsi qu'à des éléments plus favorables au cocontractant qu'en droit privé.

2.1. <u>L'obligation d'exécution</u>

Cette obligation s'assimile complètement en droit public à l'obligation d'exécution personnelle. On ne peut pas spontanément se départir de l'exécution d'un contrat public. Il existe une exception, concernant la sous-traitance. Si ce sous-traitant est agréé par la personne publique, il a droit au paiement direct. Sinon, la personne publique ne connaît que l'entrepreneur principal, à qui elle paye tout.

L'obligation d'exécuter est fixée dans un délai : soit on livre dans les temps, soit on est payé moins.

2.2. <u>Les pouvoirs particuliers de la personne publique</u>

Du coté de la personne publique, celle-ci a des pouvoirs particuliers :
- Contrôle et direction
- Sanction
- Modification unilatérale du contrat.

2.2.1. Contrôle et direction

La collectivité dispose d'un pouvoir sur son cocontractant dans le cadre de l'exécution du contrat. Dans le cadre d'un marché public de travaux, la collectivité s'exprime en donnant des ordres de service, dont le secrétariat général est assuré par l'architecte.

2.2.2. Pouvoir de sanction

Il y a trois types de sanction :
- Pécuniaires : pénalités de retard
- Coercitives : mise sous séquestre des installations du cocontractant. Normalement, cette sanction a un aspect temporaire. Tout ceci est justifié par l'idée de continuité du service public.
- Résiliation du contrat ou résolution du contrat, de manière unilatérale, parce qu'un cocontractant a failli à ses obligations. La résiliation peut être prononcée unilatéralement.

2.2.3. La modification unilatérale du contrat

Cette possibilité est ouverte au motif de préservation de l'intérêt général et de la continuité du service public. C'est en outre une application du principe de mutabilité : adaptation du service public à l'état de fait qu'il est sensé régler.

Parfois, ce pouvoir de modification unilatérale est prévu par le contrat : dans le contrat lui-même, on dit que le maire pour unilatéralement modifier les horaires de bus. Parfois, le contrat le prévoie (c'est légal). Parfois, ce n'est pas le cas, mais le pouvoir de modification unilatéral s'exerce sans stipulation expresse.

En contrepartie, il y a des choses plus favorables au cocontractant :
- La théorie de l'imprévision : les parties raisonnent sur une évaluation financière à un moment donné. Si un changement bouleverse l'économie générale du contrat, et vient déjouer tous les calculs, sans rendre impossible l'exécution du contrat (donc pas la force majeure), une indemnité d'imprévision est ouverte au profit du cocontractant.
- Le fait du prince : l'agissement de la personne publique en dehors de la sphère contractuelle a un retentissement sur l'exécution du contrat. Par exemple, c'est Vinci qui gère les parkings : Vinci contracte avec la commune, et prend une certaine somme. C'est rentable, puisque le stationnement en surface est payant, et qu'il n'y a pas de place. Le maire de la commune décide que le stationnement en surface sera désormais gratuit. Dans ce style d'hypothèses, on peut imaginer qu'une indemnité sera versée au cocontractant, car le maire agit du fait du prince. C'est un peu comme de l'imprévision, liée à l'agissement d'une personne publique.

3. Le régime de droit commun : les modifications consensuelles

3.1. Les avenants au contrat

La particularité des contrats publics, c'est quand même d'être passés à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, généralement encadrée par les textes. Il y a donc une limite à la liberté contractuelle, du point de vue des avenants. Pour qu'on puisse signer un avenant, il ne faut pas que celui-ci modifie le contrat initial d'une façon telle qu'en réalité, il serait regardé comme un nouveau contrat.

Par exemple, Bastia – OM en 1992 en demi-finale de coupe de France, on construit un truc énorme, et ça tombe. 20 morts. On reconstruit alors le stade tribune par tribune, pour être en dessous des seuils, et que ce soit une entreprise locale qui reconstruise. On passe un contrat pour la première tribune, c'est une entreprise locale qui est sélectionnée pour 10 M, et ensuite, on passe un avenant pour monter à 25. Un avenant ne peut pas bouleverser tellement l'économie du contrat, de sorte qu'il s'agisse d'un nouveau marché.

Après, c'est du cas par cas : 10 à 15 % du montant, c'est envisageable (globalement, pas à chaque avenant).

3.2. La cession du contrat

Est-il possible pour la personne privée de céder le contrat à un tiers, soit en vendant son entreprise, soit en la rachetant sauvagement. La cession est subordonnée à l'accord de la collectivité publique. C'est la même

logique que pour la sous-traitance. Cela se traduit, lorsqu'il y a une cession, par une possibilité sous réserve de l'accord de l'entreprise.

En cas de cession, il n'y a pas d'obligation de mise en concurrence, mais simplement obligation de l'accord de la collectivité.

Zooms

1. Les avenants

Décision Commune de Ramatuelle : Concession de plage et obligation de service public s'ajoute car loi Sapin qui règle la dévolution des services publics. A la base le domaine public maritime appartient à l'Etat mais il ne le gère pas directement, il en confie la gestion aux communes littorales. Ces communes littorales peuvent décider de donner l'exploitation locale à des tiers. Ce sont des exploitations domaniales et il peut y avoir concurrence de qualification. Au delà de cette convention d'occupation domaniale il peut y avoir une mission de service public. Si il y a loi Sapin alors possibilité ou non de prolonger pour un temps limiter le contrat en question. La commune de Ramatuelle décide de réattribuer l'ensemble des lots de la plage et pour certain de les rétablir à l'état naturel. Le TA suspend juste avant la saison estivale. Donc ils prolongent pour la Saison 2000 les concessions des titulaires existants et Tomaselli par réattribuée.

On applique la loi Sapin 1411-1 et suivant du CGCT. Possible de prolonger ? Oui pour une durée d'un an pour motif d'intérêt général. La cour dit qu'il était possible mais vérifier d'abord s'il n'était pas possible de reprendre les concessions en régie et si pas possible alors prolonger. Le CE censure cette façon de voir sur le principe de la liberté contractuelle. Le juge ne contrôle pas le fait de faire en régie ou d'attribuer à un tiers.

Prolongation pour un motif d'intérêt général 1 an sans dire qu'il faut passer en régie. En plus problème L122-12 du Code du travail pour reprendre les salariés en cas de FUSAC.

Pas subordonner la légalité de faire une DSP ou de la prolonger pour motif d'intérêt général peu importe si la commune a vérifiée si elle peut le faire en régie ou pas.

Décision Société Soccram : 30 ans et avenant de 12 ans avec cogénération. Peut-on prolonger une DSP autre que motif d'intérêt général. C'est possible avec la réunion de trois conditions cumulatives qui ici ne sont pas remplies.

- Les équipements doivent être demandés par l'autorité délégante
- Amorti pendant le temps restant de la convention
- Indispensable au bon fonctionnement du service public ou à son extension

En l'espèce pour la cogénération une des conditions n'est pas remplie.

Décision Commune de Païta : clause de tacite reconduction. De cette clause née un nouveau contrat il faut donc respecter la mise en concurrence donc inapplicabilité de la clause sauf dans une hypothèse si publicité faite pour la totalité du contrat même période de tacite reconduction comprise.

2. La résiliation du contrat

Décision SA des sablières modernes d'Aressy : Les actes d'exécution d'un contrat public ne peuvent pas demander l'annulation au juge pour le cocontractant. Annulation de la résiliation à une date postérieure à l'issu normal du contrat. On indemnise mais le contrat ne reprend pas pour finir. Pas de décision d'annulation. La résolution sera indemnitaire. Le cocontractant ne peut pas obtenir l'annulation d'une décision à son encontre.

Décision Société des téléphériques du Mont-Blanc : Capital de la société modifiée et la commune décide de résilier le contrat pour un motif d'intérêt général. On peut aller jusqu'à la résiliation pour ce cas c'est-à-dire en cas de modification du capital. Théorie général de modification du contrat. Pas de cession c'est une modification du capital. La l'indemnisation est limitée à la valeur des actifs.
La résiliation est possible s'il reste 5 ou 6 ans à courir on indemnise l'ensemble des revenus attendus du contrat. Le principe c'est réparation intégral du préjudice sauf stipulation contraire. Incise en réduisant l'indemnisation sans stipulations contractuelles.

Séance 5-6 La fin du contrat

1. La fin normale du contrat

C'est le terme fixé dès l'origine le contrat prend donc fin.

- Principe : durée normale librement fixée par les parties.
- Exceptions Loi Sapin : Article 1411-1 et suivants. Durée en fonction des prestations demandée. Puis des règles de densité renforcée selon le type de contrat. Si travaux dans le contrat la durée c'est celle de l'amortissement des travaux.
    - o Plafond de durée maximale : fixées par la loi : eau assainissement ordures ménagères, déchets : 20 ans. Avec l'idée qu'il y a des remises en concurrence périodique
    - o Plancher de durée minimale : baux emphytéotique par les communes sur le domaine a une durée minimal de 18 ans

Concession : autoroute et le viaduc de Millau. Un concessionnaire qui se lance dans un projet comme ça va rémunérer le montant de son investissement par des redevances versées par les usagers qui utilisent le viaduc.

2. La prolongation du contrat

Normalement pas d'obstacle à la prolongation d'un droit commun. Les parties pourrait s'y mettre d'accord. Des contrats publics sont passés sans mise en concurrence exemple d'actualité : contentieux devant le conseil d'état les conventions d'occupation domanial pas de texte prévoyant la mise en concurrence donc libre négociation par la collectivité. De plus en plus, la commune fait de la publicité de signer une convention domaniale et mise en concurrence.

Problème aigus de qualification selon la manière dont on qualifie un contrat.

La loi intervient pour fixer la durée maximum de certains contrats la loi Sapin dit qu'une DSP peut être prolongée soit d'une durée d'un an pour tout motif d'intérêt général (RAMATUELLE) ou alors on peut la prolonger pour une durée correspondant à l'amortissement de nouveaux travaux indispensable (SOCRAM).

3. La fin anticipée du contrat

- Faute du cocontractant : Pouvoir qui existe même dans le silence du contrat. Il faut respecter le formalisme caractérisé par des PGD droit de la défense doivent être exercés donc suppose le contradictoire avant la décision résiliant le contrat. Convoquer à date certaine et voila les griefs. Laisser le temps de répondre et la décision de sanction doit être motivée et révéler les motifs justifiant la résiliation pour faute.
    - o Délai non respectés, incapacité à réaliser le contrat
    - o Cession de contrat à un tiers : autorisation de la personne publique donc si elle n'est pas demandée ou recueilli résiliation sanction. Pas d'indemnisation.

- Force majeur : conséquence rend impossible l'exécution donc disparition de l'objet du contrat : En droit public la force majeur est **extérieure** de la volonté du cocontractant, **imprévisible** c'est-à-dire rien ne pouvait laisser penser que cet élément exogène interviendrait et **irrésistible** rend impossible la poursuite du contrat. C'est compliqué à réunir. En travaux public : intempéries (1999-AZF). Il y a l'imprévision en contrats public : on peut exécuter le contrat avec indemnité d'imprévision versée au cocontractant pour qu'il continue d'exploiter le service dans des conditions viable. En cas de force majeur l'objet disparait mais le contrat existe encore donc résiliation de plein droit ouverte aux deux parties.

- La conclusion d'un nouveau contrat :

- Le motif d'intérêt général : Le pouvoir de résilier unilatéralement règle fondamentale même sans texte et sans stipulation contractuelle expresse. Principe Général du Droit. Le contrat n'a pas besoin de le prévoir. La contrepartie de cet usage est normalement l'indemnisation du cocontractant dans toutes ces composantes. A la fois s'agissant de l'argent pour les investissements mais aussi le manque à gagner à savoir la perte de bénéfices escomptés. Sauf si une stipulation contractuelle spéciale vient expliquer qu'il y aura moins (MONT BLANC). Motif d'intérêt général avant le terme du contrat : modification du capital du cocontractant catégorie vaste et au cas par cas. Un changement de majorité politique peut justifier la modification du contrat pour intérêt général.

4. La garantie décennale

Garantie donnée par le constructeur au propriétaire de l'ouvrage. Juridiquement ce régime de garantie est automatique régime de présomption il faut juste démontrer l'imputabilité. C'est d'ordre public et c'est un régime légal. Qui se déclenche à partir de la livraison de l'immeuble. La livraison marque le point du départ de la fin des relations contractuelle et la garantie commence. Durée de 10 ans : délai d'action il faut introduire l'action et donc un délai d'épreuve le vice doit apparaitre dans les 10 ans pour agir. Qui est redevable : maitre d'œuvre architecte et l'entrepreneur principal tout ceux qui sont liés par contrat avec la question de la sous-traitance. Article 1792 : tous vices de nature à rendre l'ouvrage contraire à sa destination.

En droit public délai de déclenchement c'est la réception des travaux faite par le maitre d'ouvrage. Visite avec entrepreneur maître d'ouvrage sous l'égide de l'architecte avec PV de réception des travaux et à la signature la garantie décennale commence à courir. Si certains travaux sont réceptionnés avec réserve elle est encore couverte par la garantie contractuelle.

Pas application de 1792 à la lettre motif précis : le juge administratif applique les principes dont s'inspirent les articles. Il veut conserver son indépendance par rapport à ce que juge la Cour de cassation.

Interruption du délai : par une action de mise en cause de la garantie des constructeurs : On demande d'abord au constructeur s'il accepte ça interrompt le délai. S'il refuse action devant un juge quel qu'elle soit. Le délai recommence alors à 0.

Cause exonératoire en garantie décennale : FM, immixtion exagérée.

Réparation la partie de l'ouvrage défectueuse, on résorbe le vice. Remise à neuf le même entrepreneur le fait en nature soit il est condamné à une indemnité permettant au maître de l'ouvrage d'aller chercher qui il veut pour reprendre l'ouvrage.

Zooms

1. L'homologation des transactions

Avis assemblée L'Hay-les-Roses : Avis contentieux sur une transaction. Juridiquement c'est le règlement matérialisé par un contrat. Les personnes publiques peuvent faire un contrat elle le signe alors soit dans le bilan financier c'est le cocontractant qui doit de l'argent à l'administration et il paye, pas de soucis soit c'est l'administration qui doit de l'argent à la personne privée. Pour récupérer l'argent elle demande à l'administration. Mais est-ce le maire qui paye ou le président du conseil régional ? La collectivité engage la dépense mais le comptable public paye. Il a le pouvoir de vérifier la dépense réelle et contractuellement exposer.

Contrat en méconnaissance de la mise en concurrence quand il est passé on fait une transaction et sur ce fondement on présente au comptable public. Mais transaction pas top. Donc voie de droit spécifique faire homologuer par le juge la transaction qui regarde si elle est correcte si l'objet n'est pas nul, si c'est licite, que ce à quoi la collectivité s'engage à payer est correct à l'ensemble des règles applicable et la il y a une décision d'homologation. Autorité de la chose jugée force exécutoire. Et la le comptable s'incline.

Les judiciaires disent que la transaction est par nature un contrat privé. Mais l'avis dis que la transaction est privée car droit privé et public si contrat de droit public.

Décision JPR Ingénierie : Dès lors qu'il y a une voie de droit jugement du tribunal administratif il devient susceptible d'appel notamment en cas de refus d'homologation. Si voie de l'appel fermé alors CE direct

Décision Krupp Hazemag: Découle de l'Hay-les-Roses. Il arrive qu'avant que les parties songe à faire une transaction il ait fait du contentieux. On lance le contentieux regarde la 1ère instance ensuite appel et si on n'est pas satisfait cassation et pour éviter l'intervention du juge on signe une transaction mais le fait de signer cette transaction n'entraine pas l'arrêt de la Cour de cassation. Et la il veule demander en cassation le non lieu car signature de transaction. Si une transaction est obtenue avant que le juge de cassation statue et que cette transaction est homologuée même par le juge de transaction c'est possible.

2. Les conséquences de l'annulation de l'acte détachable

Acte détachable d'un contrat public : c'est un acte rattaché au contrat par exemple car il a permis sa conclusion exemple de la délibération du conseil municipal. Les tiers aux contrats n'ont pas accès au juge de l'annulation du contrat. Un contrat public de marché public est signé, une association de riverains qui ne veut pas un voisin n'a pas accès au juge du contrat. En revanche on peut demander l'annulation des actes détachable du contrat qui permette sa formation. Impact de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat. En soi pas d'impact. Le juge du contrat doit être saisi à raison de l'acte détachable et pour ça 3 étapes.

- Excès de pouvoir et annulation de l'acte détachable
- Le juge de l'injonction : obtenir du juge d'enjoindre le juge du contrat et qu'il soit saisi.
- Saisine du juges des contrats

Intérêt général qui s'attache en dépit de l'illégalité de l'acte détachable. A chaque fois on regarde s'il y a intérêt réel ou pas à garder le contrat.

Décision Epoux Lopez : Première décision à créer le lien entre juge de l'excès de pouvoir injonction et contrat.

Avis de la section du rapport et des études :

Décision 10 décembre 2003 Institut pour le développement : Annulation de l'acte d'attribution du marché devant le juge de l'excès de pouvoir. Par ailleurs il demande à ce qu'une injonction soit prononcée à l'encontre d'une des parties pour tenir les conséquences qui s'imposent entre les sociétés. L'arrêt donne le mode d'emploi au juge de l'injonction. Dans l'étape intermédiaire : il appartient au juge de l'exécution saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent pour constater la nullité.

Séance 7-8 Le contentieux des contrats

1. Contentieux de la passation

1.1. L'intervention du juge des référés

1.1.1. Le juge du référé précontractuel

1.1.1.1. Définition

Chronologiquement, au stade de la passation, le premier juge susceptible d'interférer est le **juge du référé précontractuel**, qui intervient avant la formation du contrat. C'est un juge d'origine communautaire, instauré en France en 1992, par transcription de la direction « recours ». Son travail consiste à vérifier que les obligations de publicité et de mise en concurrence qui figurent dans les directives matérielles sont bien attribuées par les pouvoirs adjudicateurs (pouvoirs publics qui passent les marchés).

Evidemment, comme c'est une directive, il a fallut transposer ses objets en droit français, et ce juge figure aujourd'hui à l'article L. 551-1 du Code de Justice Administrative.

Du coup, comme c'est un juge qui existe en droit national, son champ d'intervention s'est élargit par rapport à ce qui existait en droit communautaire, à d'autres types de contrats qui existent en droit français et qui ne sont pas régis par le droit communautaire (ex : délégation de service public de la loi Sapin : dans le champ du juge du référé précontractuel, mais qui ne vient absolument pas du droit communautaire).

Après, il y a d'autres contrats qui ne sont pas des marchés, mais qui sont happés par le contentieux précontractuel : les contrats de partenariats ne sont pas des marchés au sens strict du terme, mais au sens du droit communautaire, ils tombent dans le champ de ce juge.

1.1.1.2. Saisie

Ce sont évidemment les candidats évincés qui peuvent le saisir, mais en réalité, ce sont tous ceux qui avaient vocation à concourir. Le job du juge des référés est de vérifier que l'obligation de mise en concurrence a été respectée, mais en amont, il doit aussi vérifier si les obligations de publicité ont été respectées. Si la publicité a été défaillante, il est normal qu'un tiers qui avait vocation à concourir et qui n'a pas été mis au courant puisse saisir ce juge.

Il peut donc être saisi jusqu'à la signature du contrat. La signature du contrat éteint ses pouvoirs. Si le contrat est signé, ce juge ne peut plus intervenir.

Si on prend l'exemple d'un marché passé selon la procédure d'un appel d'offre restreint, cela suppose une publicité, des offres, puis un choix de l'offre la plus avantageuse. Après la publicité, il va y avoir une phase de sélection des candidatures, où on va vérifier que les entreprises sont capables, techniquement, financièrement, juridiquement, d'accéder au marché. Ensuite seulement, on va sélectionner les offres des candidats qui ont été déclarés recevables. Ensuite, il y aura mise en concurrence entre les différentes offres, un candidat va être choisi, et on va signer le contrat.
Le juge du référé précontractuel peut intervenir dans toutes ces étapes, jusqu'à que le contrat soit signé.

1.1.1.3. Moyens invocables

Il faut que ceux-ci aient un rapport avec des obligations de publicité ou de mise en concurrence. Si ce n'est pas le cas, le moyen est irrecevable.

Par exemple, un établissement public qui fait de l'électricité passe un marché public pour construire une centrale d'incinération. A priori, on est en dehors du principe de spécialité de l'établissement public, certes, mais à elle seule, cette sortie n'a rien à voir avec la mise en concurrence. Ce vice n'est donc pas contrôlé par le juge de la mise en concurrence.

1.1.1.4. Pouvoirs

C’est un juge du fonds qui statut en la forme du référé. Il intervient vite, avec un contradictoire réel mais rapide, mais ses pouvoirs sont des pouvoirs de juge du fonds, de plein contentieux. Ses pouvoirs sont donc très vastes.

1.1.2. Le juge du référé contractuel

Il est de création très récente, et on n’a pas beaucoup de recul pour le moment.

Pendant longtemps, il n’y avait qu’un juge du référé précontractuel, dont les pouvoirs étaient éteints à la signature du contrat. Il y avait donc une course à la signature du contrat. C’est prendre des risques, puisque le juge pénal peut intervenir.

Les gens avaient pris l’habitude de s’adresser au juge du fonds, donc ils ne s’adressent pas encore trop au juge du référé contractuel.

Il n’y a pourtant plus de course à la signature, puisqu’il y a un autre juge après la signature, donc paradoxalement, la création de ce juge a étendu les pouvoirs du juge précontractuel, qui voit sa durée de contrôle allongée.

1.1.3. Le juge du référé suspension

Ce juge peut intervenir sur le fondement de l’article L. 521-1 à titre subsidiaire, pour suspendre l’exécution d’une décision prise par l’administration. Ses pouvoirs sont beaucoup plus restreints.

1.2. L’intervention des juges du fonds

S’agissant du recours ouvert devant le juge du fonds, la bonne façon d’aborder les choses, c’est de séparer les types de recours selon qu’ils sont ouverts aux tiers au contrat ou aux parties. Ils n’ont pas les mêmes pouvoirs, et leur accès au juge est différencié.

1.2.1. Les recours ouverts aux tiers

1.2.1.1. Ceux pour lesquels est ouvert le REP

Normalement, le principe est que le REP n’est pas ouvert aux tiers contre le contrat. A l’origine, il y a cette raison la, mais on peut passer outre en réalité. La raison qui justifie encore cette interdiction de principe de l’accès des tiers au juge de l’excès de pouvoir s’agissant de la matière contractuelle, c’est l’idée que leur accès est extérieur au contrat. Le contrat peut avoir déjà commencé à s’exécuter, donc comment tirer les conséquences de ce recours et de son issue sur le contrat, s’il venait à être annulé en cours de route ?

Parfois, le contrat a une durée de vie qui correspond au temps de la livraison. Une fois que la livraison est effectuée, le contrat est annulé. Si on annule le contrat après la livraison, ça va être difficile de tirer les conséquences de l’annulation du contrat. C’est possible, mais difficile. Par conséquent, les tiers n’ont pas principe pas accès à ce juge.

Il y a deux séries d’exceptions à ce principe :

- à raison du type de contrat considéré,
- et à raison de la personnalité du tiers.

Certains types de contrats publics très particuliers peuvent faire l’objet de recours par les tiers : ce sont les contrats de recrutement d’agents publics. Ces contrats sont passés sans publicité ni mise en concurrence, *intuitu personae*, et donc un tiers peut attaquer.
Certains types de clauses peuvent aussi être attaquées : il s’agit des clauses réglementaires (relatives à l’organisation du service public).

Certains types de contrats peuvent être attaqués à raison de la personnalité du tiers. Il s’agit des contrats passés par les collectivités territoriales, et c’est l’Etat, par l’intermédiaire du Préfet qui assure le contrôle de légalité, qui a le pouvoir de déférer la légalité du contrat au juge administratif par l’intermédiaire du référé administratif.

Avant 1982, le Préfet avait le pouvoir de tutelle sur les collectivités territoriales, et le Préfet était le président du conseil général. Les régions n’existaient pas. S’agissant des actes des autres collectivités (communes), il y avait un régime de tutelle : ces actes ne devenaient exécutoires qu’après avoir été approuvés par le Préfet.

Aujourd'hui, on a le déféré préfectoral. Une collectivité signe un marché : elle le transmet alors à la Préfecture au service du contrôle de légalité. Il vérifie que le marché obéit à une cause réelle, et a été passé conformément aux obligations de mise en concurrence. Si c'est le cas, très bien, sinon, déféré administratif.

C'est le monde idéal, car globalement, dans les services de contrôle de légalité des préfectures, c'est pas forcément la « crème du fonctionnaire ». On laisse donc passer des contrats un peu tordus. A suppose que le service soit quand même solide, c'est un pouvoir discrétionnaire du maire.

Le domaine des actes détachables s'est développé dans une logique absurde, jusqu'à pousser jusqu'aux actes « intellectuellement détachables », révélés que par la signature du contrat.

Ce peut donc être les riverains de l'ouvrage qui va être construit, ou une association qui est la pour défendre les intérêts moraux. C'est alors du cas par cas pour démontrer un intérêt particulier.

Ce qui est attaquable, c'est la forme, ou le consentement d'un des conseillers municipaux, etc. La particularité, c'est qu'il est possible d'invoquer des vices liés au contrat lui-même, et qui ne sont donc pas propres à l'acte détachable.

Un contrat passé par une collectivité, et qui serait illégal par nature, c'est par exemple lors d'un festival, des gens qui réglementent la circulation, ça devrait être la police, sous le pouvoir du maire. Le contrat passé avec Veritas pour assurer la circulation justement est illégal.

Les effets de l'annulation de l'acte détachable sont restreints : il n'y a pas d'impact sur le contrat lui-même. Il faut passer par le juge de l'exécution, qui lui-même va enjoindre à une des parties de saisir le juge du contrat pour que celui-ci annule le contrat.

En outre, certains tiers privilégiés peuvent désormais attaquer le contrat devant le juge : ce sont les concurrents évincés, qui ont donc désormais accès à un juge de plein contentieux, depuis une décision du Conseil d'Etat de 2007 statuant en assemblée du contentieux, *Tropiques*.

1.2.1.2. Ceux pour lesquels est ouvert le recours en plein contentieux

C'est un juge qui va pouvoir réformer la décision prise par l'administration.
Aujourd'hui, pour les tiers, il y a un recours ouvert en excès de pouvoir contre l'acte détachable du contrat.
Pour certains tiers, il est possible de demander l'annulation du contrat à un juge de plein contentieux. Il faut quand même avoir passé la première sélection, et que son offre ait été retenue.

1.2.2. Les parties

Au stade de passation des tiers, les parties peuvent obtenir la déclaration de nullité du contrat. La différence entre le recours en annulation et le recours en déclaration de nullité, c'est que le premier fait disparaître le contrat, alors que le second fait disparaître les effets du contrat. Ce recours est ouvert uniquement aux parties.

Ce recours est très rarement exercé, puisque les parties qui ont signé le contrat ont vocation à vouloir l'exécuter. Mais il peut arriver que le cocontractant (pas l'administration) se rende compte qu'il a signé quelque chose qui ne se présente pas exactement comme il l'imaginait. Le contrat aurait été conclu par dol, son consentement aurait été vicié parce qu'on ne lui a pas tout dit, pas tout expliqué. Un recours est donc ouvert.

Le juge, s'il est convaincu par les arguments de la partie, va déclarer la nullité du contrat, et libérer les parties de leurs obligations contractuelles. Si le contrat a déjà commencé à s'exécuter, on est plus à l'aise pour tout remettre en état. La légitimité du juge à prescrire la remise en état est plus forte que si c'était un tiers qui avait attaqué.

Soit la remise en état s'effectue matériellement, soit le litige peut se solder sur un plan indemnitaire, par l'introduction de l'action *de in rem verso*, en répétition de l'enrichissement sans cause, sur un terrain quasi-contractuel.

2. <u>Contentieux de l'exécution du contrat</u>

Impossible de faire un recours en excès de pouvoir ou plein contentieux pour les actes d'exécution du contrat pour les tiers ou les parties.

Pour les tiers : un type d'acte on peut obtenir l'annulation : organisation du service public : la décision prise dans l'exécution du contrat de modifier la consistance du service public peut être attaqué par un tiers pouvant en demander l'annulation en se prévalant des dispositions réglementaire du contrat.

Pour les parties au contrat : Possibilité pour une partie au contrat de demander l'annulation d'un acte d'exécution particulier qui est la résiliation. Il est possible dans certains cas de demander l'annulation de la décision de résilier le contrat. Pour les contrats ayant une nature d'origine réglementaire : les conventions passées entre le CSA et les sociétés de radiotélévisions. Autorisation d'émettre, juridiquement c'est le domaine public les ondes. C'est un régime particulier d'autorisation se faisant pas convention. Ces conventions n'ont de convention que la forme. Pour ce type de contrats particuliers il est possible pour le cocontractant quand sa convention est résilié avant le terme de demander l'annulation de l'acte de résiliation avant terme la convention.

Si pas de possibilité de demander l'annulation alors commenta faire : par l'indemnisation. Soit dommage et intérêts soit indemnité du préjudice subit par une ou l'autre des parties. Dans le cadre du contrat la seule possibilité d'invoquer une forme de responsabilité c'est d'invoquer une méconnaissance des stipulations du contrat. Il n'y a pas d'autre terrain de responsabilité en contrat. La seule possibilité c'est de se fonder sur la méconnaissance des obligations contractuelles. L'administration peut avoir une indemnisation si la société ne réalise pas correctement ce qui était prévu au contrat par exemple ne respecte pas le cahier des charges.

Zooms

1. Les contrats in-house

Décision CJCE Teckal 18 Novembre 1999 : Commune Vinao souhaite procéder confier à un tiers de chauffer ses habitants. Ce tiers c'est l'AGAC une espèce de regroupement de collectivités. Il lui confie la compétence pour qu'elle l'exerce et pas de mise en concurrence car c'est son boulot. Hors la société Teckal dit que ce n'est pas possible car il fallait mettre en concurrence car c'est au dessus des seuils. Un litige devant le tribunal administratif : question préjudicielle d'interprétation à la CJCE sur le fondement de 177 du Traité de Rome modifié. Un contradictoire se noue avec les parties et avec les intervenants classique, Autriche intervient, Belgique intervient… La cour dit qu'elle doit regarder si le droit national s'applique et pose la question elle même si ce n'est pas clair et y répond (considérant 35). Dans ce cas la donc une collectivité publique participant à une autre entité qu'elle juridiquement distincte si elle envisage de confier une compétence propre est-ce qu'on passe un marché ? Si oui alors concurrence…
La cour dit que oui c'est un marché (50) sauf si c'est un contrat in-house. Alors même que l'entité a une personnalité juridique distincte ça pourrait être nous. La vinao n'a aucun contrôle sur l'AGAC juste petite influence dans ce cas ce sont deux entités qui contractent entre elle on considère que c'est un marché donc faire de la mise en concurrence. On pourrait faire du gré à gré si la 2ème personne c'est nous aussi par exemple si l'autre entité était in house c'est-à-dire au sein de la maison (filiale).

Entité in house : une collectivité territoriale avec qui peut-elle faire un contrat in house : Etat contrat avec la SNCF, RATP.
Aménagement d'un quartier par une commune ? Elle prend un aménageur une SEM par exemple la collectivité détient une partie du capitale mais pas la totalité donc les gens pensent qu'on peut faire du in-house et faire du gré à gré mais contraire au droit communautaire.

Les associations para administrative. Paradoxe infernal si on respecte le in house on est en gestion de fait prohibé par la gestion budgétaire. Il faut donc que l'association soit dirigé comme la collectivité (président : maire, trésorerie : conseiller chargé à la trésorerie…). Le maire gère alors les fonds publics sans respecter le fait que celui qui paye c'est celui qui décide de faire la dépense. Le maire dépense de l'argent sans passer par le comptable public c'est de la gestion de fait de derniers publics et ces interdits. Il faut donc faire la publicité de mise en concurrence

Les collectivités ont fait adoptés une loi sur les SPL (sociétés publiques local) SEM à capital totalement public. Elle se mette à plusieurs et fond un contrôle total de la société. Conséquence : contrat avec une SPL ils sont soumis au droit des marchés publics car on contracte avec un autre nous même. C'est la SPL qui doit alors appliquer les marchés publics.

2. Le recours contre les contrats

Décision Société Tropic Travaux signalisation 16 Juillet 2007 : décision ouvrant un recours sur les contrats à certain tiers. Faits : concurrent évincé, Rigoré obtient le marché. Tropic est évincé et attaque le contrat devant le juge du fond du tribunal de Basse-Terre et sort cette demande d'un référé suspension. Le tribunal fait très bien son boulot. Mais Tropic fait un recours en cassation sur le jugement de référé et le CE créé un recours alors contre le contrat pour les concurrents évincés. Il fixe des délais : 2 mois à compter de la révélation de la passation du contrat pour agir.
Dès lors qu'une voie de droit privilégié est ouverte alors est fermée la voie de droit commun du recours en excès de pouvoir contre les acte détachable. C'est du plein contentieux. Il peut annuler, résilier, donner des sous, annulation différée… Par ailleurs il ne tient que modérément contre de ce que dit les parties.
Il doit prendre en compte l'inégalité commise.

Considérant 2 : limitation du caractère rétroactif de la jurisprudence. S'il n'y a pas cette disposition tous les contrats précédents sont susceptibles de sauter.

Le référé contractuel est Tropic travaux presque pareil.

Voie de droit particulière pour les concurrent évincé mais qui se voit fermée la voie de droit originale.

Décision SMIRGEOMES 3 octobre 2008: Concurrent évincé ASNO qui attaque, intervention du juge référé précontractuel. On est dans la phase 3, le rejet de l'offre. Mais elle se prévaut d'un vice affectant la justesse de la mise en concurrence. Motif du juge des référés : quand elle fait son avis de publicité elle se trompe sur le marché public du GATE. En vertu du GATE donc volet marché public et dire si c'est sous le GATE ou pas. Comme l'UE est signataire du GATE dans les directives il faut dire si on y rentre ou pas. Le pouvoir s'est trompé à l'avis d'appel public à concurrence. Quand l'offre est refusée elle dit qu'il y a un problème à l'accord.
Avant cette décision c'était possible car la jurisprudence considérait que le juge des référés précontractuels faisait respecter la procédure.
Cette décision fait basculer le juge de référé du subjectif à l'objectif. Phase bien distincte.

Problème publicité il faut le dire pendant la phase pareil pour phase 2 et 3. Si candidature est recevable on ne peut pas se prévaloir d'un défaut si on a franchi l'étape et ne porte que sur l'étape qu'on vient franchir.

Séance 9-10 Les différents types de contrats administratifs

1. Les contrats de recrutement des agents publics

Particularité d'être conclus sans publicité aucune. Principe du recrutement des agents : dans la fonction publique la règle c'est qu'on y trouve des fonctionnaires. Les agents publics contractuels peuvent être recrutés. L'administration n'est pas libre de recruter il y a des concours. Ce n'est pas un recrutement intuitu personae. Le CE n'a pas le choix de recrutement de ses agents.

Les contractuels sont l'exception mais utilisé très largement dans la fonction publique territoriale.

Agent public

- Fonctionnaires : Garantie de l'emploi, contrat de travail…
- Contractuels : pas de situation réglementaire mais conventionnelle avec leur employeur

Régime des agents public : qui travaillent en vertu d'un contrat : Principe : le Code du Travail ne s'applique pas à eux les contrats publics sont régis par des conventions collectives propres à la sphère publique. Le juge administratif applique certain principe du Code du Travail : principe général par exemple d'interdiction de licencier une femme enceinte juste parce qu'elle est enceinte. PGD de droit public. Interdiction de rémunérer en dessous du SMIC est un PGD en droit public. Obligation de reclasser le salarié victime d'une maladie ou handicap PDG droit public.

Régime des contractuels : pas de garantie de l'emploi car recruter pour une durée déterminée de 3 ans. Equivalent du CDD. Pas de droit au renouvellement cette décision n'a pas besoin d'être motivée. Il est possible de signer plusieurs contrats de trois ans.

A force de renouvellement passe en CDI à partir de 6 ans grâce au droit communautaire en cas de 2ème renouvellement. Il y a donc aujourd'hui des CDI de droit public. Les autres agents qui ont des CDI de droits publics sont des gens qui sont devenus des agents publics alors qu'ils étaient contractuels (exemple gestion de l'eau à Paris déléguée et aujourd'hui c'est la mairie qui l'a repris en régie dans ce cas L122-12 du Code du Travail avec la subsistance des contrats s'applique, la nature du contrat change à l'origine CDI de droit privé donc à la transmission du contrat de droit privé à public se voit titulaire d'un CDI de droit public).

Pas d'obligation de publicité c'est de l'intuitu personae pure.

2. Les marchés publics

Les marchés publics c'est l'essentiel des contrats de l'administration. Grace à ça elle se fournit en travaux et services public qui lui permettent de fonctionner. Donc objet de marché public. La fourniture du mobilier fait l'objet d'un marché public et mise en concurrence et celui qui présente l'offre la plus avantageuse est sélectionnée.

1ère réglementation des marchés publics date du consulat. Ca fonctionnait sous un régime d'adjudication c'est-à-dire enchère inversée on confie le marché à celui qui est le moins disant critère du prix déterminant pour que l'administration dépense le moins possible.

Tendance récente deux mouvements :

- Uniformisation communautaire : récent (Début 70) et marqué. La commission s'aperçoit que les dépenses publiques sont importantes et s'intéresse à la façon dont l'administration attribue les marchés. Réglementation des appels d'offre. Codification en 90 et 2004. Dès lors on est sur un terrain de socle minimal
- Assouplissement national : Dès lors que le droit communautaire exige moins que la loi française ou assouplie la loi nationale. Fin de la prédominance de l'adjudication c'est-à-dire de l'attribution au moins disant. Désormais l'attribution des marchés se fait à celui qui propose l'offre économiquement la plus avantageuse. Le critère du prix est une composante de l'attribution mais ce n'est plus la seule il peut y en avoir d'autre (exemple du critère d'après vente, esthétique, bus non polluant ou électrique…). Il faut révéler les critères et la pondération (40% prix, 20% esthétique…).

De plus en plus de dialogue compétitif c'est-à-dire colorer de dialogue avec les candidats les offres remises. Attention à la corruption. Il faut recevoir tous les candidats. C'est filmé pour se prémunir de la corruption.

Toujours une phase de publicité pour donner l'envie de contracter. Les candidatures sont dites recevable ou pas et est retenue l'offre la plus avantageuse selon le cahier des charges.

3. Les DSP

Les délégations de service public : contrat par lequel la puissance public décide de confier un service à un tiers. Elle doit faire agir la concurrence en vertu de la loi nationale en vertu de la loi Sapin de 1993.

Difficile de différencier marché public et contrat public les règles de passation ne sont pas les mêmes en DSP publicité et après c'est de l'intuitu personae pure on choisit qui on veut. La collectivité retient le candidat qu'elle veut. Contrôle restreint du juge car pas de critère légaux.

Si l'administration se trompe et si elle passe une DSP alors que c'est un marché problème.

Types de DSP :

- Concession de travaux publics : Viaduc de Millau. Construction et exploitation et se financer grâce à la redevance des usagers. Supporter le cout par les contribuables ou les usagers ? Choix qui fait basculé entre DSP et marché public.
- L'affermage : délégation qui suit la 1ère concession. En matière de distribution de l'eau presque partout on est en affermage c'est comme la concession sans les travaux. Un délégataire construit puis amortie et quand la convention arrive à terme il faut juste gérer le réseau en se rémunérant sur l'usager c'est l'affermage. Il suit l'amortissement initial.
- Régie intéressée : La collectivité prend une partie forfaitaire

4. Les conventions d'occupation domaniale

Ce sont des contrats publics permettant l'occupation temporaire de contrat public. Mise en concurrence pas nécessaire. Les collectivités peuvent le faire spontanément dans leur intérêt.

Un tiers s'installe sur le domaine et y fait une exploitation commerciale moyennant le fait de verser une redevance à la collectivité, redevance forfaitaire ou sur le chiffre de l'exploitation.

Qualification de convention d'occupation domaniale n'est pas exclusive d'une qualification ça peut révéler l'existence du DSP exemple : conventions passées pour les plages. Le service public c'est qu'il y a des obligations à la charge du titulaire de l'occupation domanial : plage propre, présence d'un maitre nageur à sa charge…

Il y a donc deux contrats DSP et conventions d'occupation domaniale. Si DSP concurrence loi Sapin convention domanial pas de concurrence il faut donc bien qualifier avant.

Normalement le titulaire de la convention ne prescrit pas de droit réel sur le domaine public c'est révocable. Nouvelles disposition permettent d'avoir des droits réels au cocontractant. L'occupation du domaine ne doit pas être nécessairement révocable. Donc possibilité d'avoir un droit d'usage pour une sécurité juridique plus grande.

Zooms

1. Différence Marché / DSP

Décision SMITOM : Si le cocontractant est payé par un prix versé par la collectivité publique c'est un marché. Si c'est le SMITOM qui verse un prix au cocontractant c'est un marché. S'il ne verse rien et que le cocontractant se rémunère sur l'usager et assumant le risque c'est une délégation.

- La collectivité paye tout et pas de recette c'est un marché.
- La collectivité ne verse rien et l'exploitant se rémunère sur usager ou autre et assume risque alors DSP.

La configuration de fait en l'espèce : une partie de la rémunération est faite par les usagers pour passer en DSP il faut que cette partie soit substantielle des recettes pour qu'il y ait un risque d'exploitation. S'il y a un vrai risque alors DSP. 30% des recettes ne sont pas versées par la collectivité c'est substantielle ici donc DSP. Application légères de la loi Sapin.

2. Les contrats de partenariat

Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003 : Loi d'habilitation du gouvernement à agir sous l'article 38 dans le domaine de la loi. Cette ordonnance vise à simplifier le droit et création d'un type de contrat qui sont les contrats de partenariat 18 juin 2004. C'est la seule décision du conseil constitutionnel fixant des règles constitutionnelle. Elles sont résumées au Considérant 18. C'est le bloc de constitutionalité en matière public. Ces règles peuvent subir des dérogations mais ne peuvent pas être vidées de leur contenue sinon on prive de valeur légale des base

constitutionnelle. Réserve du conseil constitutionnel ordonnance du 18 juin 2004 mais en œuvre les contrats de partenariat.

Ces contrats sont à mi-chemin entre marché public et DSP car c'est un contrat dans lequel le cocontractant est rémunéré sous forme de loyer versé par la collectivité public de ce point de vue ca se rapproche d'un marché si ça se rapproche d'une délégation ça devient mixte. C'est du partenariat public privé. On construit pour la collectivité publique mais par ailleurs on peut se livrer à un commerce par ailleurs.

Dans ce cadre la collectivité vers des loyers à celui qui construit le stade. Les loyers n'ont pas de contraintes sur la dette totale de la commune et donc de l'Etat. Du coup comme c'est un loyer il y a aussi des recettes annexes pour le titulaire du contrat de partenariat : location du stade pour autre chose que des manifestations sportives, vente de produits dérivés.

Logique de loyers versées donc marché et recettes annexes mais pas versées par l'usager mais par leur dépense. Cette formule du contrat de partenariat n'est pas libre il faut un motif d'intérêt général affirmé ou une urgence à rattraper un retard dans l'édification d'un marché public.

Au sens communautaire c'est un marché les directives attrapent le contrat de partenariat.

Convention d'occupation domaniale : liberté
DSP : publicité et mise en concurrence mais intuitu personae
Marché public : publicité et mise en concurrence forte il faut attribuer à l'offre la plus avantageuse des critères prédéterminés.
Contrat de partenariat : faire du hors bilan sans endettement : publicité mise en concurrence et dialogue compétitif.